



## **Remiss av SOU 2017:38 Kvalitet i välfärden- bättre upphandling och uppföljning**

*Er referens Fi2017/02150/K*

### **Sammanfattning**

Kommerskollegium ansvarar för frågor som rör utrikeshandel, EU:s inre marknad och EU:s handelspolitik. Kollegiets uppdrag är att verka för frihandel. Det innebär att vi verkar för fri rörlighet på den inre marknaden och för liberaliseringar av handeln mellan EU och omvärlden samt globalt.

Yttrandet inskränker sig till de delar av betänkandet som berör kollegiets ansvarsområden.

Kollegiet har tidigare yttrat sig över delbetänkandet ”Ordning och reda i välfärden (SOU 2016:78)”.<sup>1</sup>

I detta yttrande över slutbetänkandet är kollegiets bedömning att:

- förslaget om uppgiftsskyldigheten för privata vårdgivare och enskilda verksamheter inom socialtjänsten bör närmare bedömas utifrån EUF-fördragets regler om fri rörlighet för tjänster
- bedömningen att offentligt finansierad välfärdsverksamhet ska bedrivas i en separat juridisk person (för andra syften än förslaget i delbetänkandet) bör närmare analyseras utifrån EUF-fördragets regler om fri rörlighet för tjänster

## **1 Kollegiets bedömning**

### **1.1 Uppgiftsskyldighet (kap. 10.2.3)**

I slutbetänkandet föreslås att en uppgiftsskyldighet införs för privata vårdgivare och enskilda verksamheter inom socialtjänsten för sådana uppgifter som en offentlig huvudman behöver för bl.a. kvalitetssäkring, administration och uppföljning. Uppgiftsskyldigheten avser enskildas

<sup>1</sup> Kommerskollegium 2017-02-21, dnr 2016/01974-2.

hälsotillstånd och andra personliga förhållanden. Uppgiftsskyldigheten ska införas genom ändringar i socialtjänstlagen, lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade och patientsäkerhetslagen.

Den föreslagna uppgiftsskyldigheten påverkar företag som bedriver verksamhet inom hälso- och sjukvård respektive omsorg och som har offentlig finansiering. Som kollegiet framfört i yttrandet över delbetänkandet, SOU 2016:78 Ordning och reda i välfärden, kan det inte uteslutas att tjänsterna som dessa företag erbjuder är att betrakta som ekonomiska tjänster som omfattas av artikel 56 EUF-fördraget.<sup>2</sup> Vad gäller tjänster på hälso- och sjukvårdsområdet har EU-domstolen återkommande i fall som rör *tjänstemottagarens* fria rörlighet tillämpat bestämmelserna om fri rörlighet ifråga om vårdtjänster.<sup>3</sup> Utgångspunkten bör enligt kollegiets mening vara att EU-domstolen kan komma att bedöma att tjänster enligt hälso- och sjukvårdslagen utgör tjänster som omfattas av EUF-fördraget även avseende den fria rörligheten för *tjänsteleverantören*. Mot bakgrund av EU-domstolens praxis på det sociala området<sup>4</sup> instämmer kollegiet även i den slutsats delbetänkandet gjorde, d.v.s. att det inte går att utesluta att tjänster som regleras av socialtjänstlagen och lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade är att anses som tjänsteverksamhet enligt artikel 56 i EUF-fördraget.

Liksom kollegiet redogjort för i yttrandet över delbetänkandet, kan alla nationella bestämmelser, som kan hindra eller göra det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheterna utgöra inskränkningar i EUF-fördragets mening.<sup>5</sup> Kollegiet noterar att slutbetänkandet anger att den föreslagna uppgiftsskyldigheten inte bör innebära ökade administrativa kostnader för privata aktörer, eftersom de redan i dagsläget måste lämna oidentifierad information.<sup>6</sup> Enligt kollegiets mening kan det dock inte uteslutas att (person)uppgiftsskyldigheten kan komma att innebära merarbete för privata aktörer i form av ökad administration och anpassning av system. Enligt kollegiets bedömning kan detta riskera att utgöra en inskränkning i den fria rörligheten för tjänster. Uppgiftsskyldigheten måste då för att vara tillåtlig uppfylla vissa förutsättningar, bl.a. vara icke-diskriminerande och motiverade utifrån

<sup>2</sup> För en utförligare analys av detta, se Kommerskollegiums yttrande, dnr 2016/01974-2, s. 2-3.

<sup>3</sup> Se t.ex. målen C-157/99, Smits och Peerboms, C-385/99, Müller-Fauré och Van Riet.

<sup>4</sup> Se t.ex. mål C-70/95, Sodemare.

<sup>5</sup> Kommerskollegiums yttrande, dnr 2016/01974-2, s.4. Se t.ex. EU-domstolens mål C-55/94, Gebhard, p. 37 och de förenade målen C-369/96 och C-376/96, Arblade, p. 33.

<sup>6</sup> S. 252 i slutbetänkandet.

tvingande hänsyn till allmänintresset samt inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning.<sup>7</sup>

Slutbetänkandet har inte (såvitt kollegiet kan se) prövat uppgiftsskyldigheten utifrån EU-rätten enligt modellen ovan. Kollegiet efterlyser därför att en bedömning av förslagets förenlighet med EU-rätten. Det innebär bl.a. att utredningen bör utvärdera om de skäl som ligger till grund för förslaget<sup>8</sup> faller under något av de legitima skyddsintressen som erkänts i EU-domstolens praxis, eller om utredningen anser att de skäl som åberopas sannolikt skulle godtas som skyddsintressen vid en eventuell framtida prövning. För att utredningen ska kunna visa att den åtgärd som föreslås är nödvändig och därmed proportionerlig krävs en beskrivning av de faktiska problem som förslaget syftar till att lösa, t.ex. bristande kvalitet och möjlighet till uppföljning av privat utförd välfärd. Vidare krävs att utredningen kan visa att uppgiftsskyldigheten utgör det minst ingripande alternativet för att uppnå det eftersträvade målet med förslaget.

## 1.2 Separat juridisk person (kap. 11.3.2)

I slutbetänkandet anges även att offentligt finansierad välfärdsverksamhet bör bedrivas i en separat juridisk person. Detta för att möjliggöra kontroll av att människovärdes-, behovs- och solidaritetsprinciperna inte åsidosätts.

Att offentligt finansierad välfärdsverksamhet bör bedrivas i en separat juridisk person föreslogs redan i delbetänkandet. När det gäller delbetänkandet yttrade kollegiet sig främst över tillståndskravet i dess helhet och dess förhållande till EUF-fördraget.<sup>9</sup> Kollegiet vill i denna del hänvisa till vårt yttrande över delbetänkandet. I den mån kravet på separat juridisk person i slutbetänkandet ska ses som fristående i förhållande till tillståndskravet i delbetänkandet, vill vi dock förtydliga att ett krav på att privat utförd välfärd ska utföras i en separat juridisk person, i sig, kan aktualisera EUF-fördragets regler om fri rörlighet för tjänster eftersom den kan begränsa privata aktörers möjlighet att välja hur de vill organisera sin verksamhet. Ett krav på att privat utförd välfärd ska bedrivas i en separat juridisk person bör alltså bedömas utifrån EU-

<sup>7</sup> Se mål C-55/94, Gebhard, p. 66.

<sup>8</sup> D.v.s. att förbättra kommuners och landstings möjligheter att på ett effektivt och säkert sätt följa upp och kvalitetssäkra den vård och omsorg som privata utförare erbjuder, se s. 194 f i slutbetänkandet.

<sup>9</sup> I SOU 2016:78 Ordning och reda i välfärden föreslogs att privata juridiska personer behöver ett tillstånd för att få ta emot offentlig finansiering. För att få tillståndet ingick, utöver vinstbegränsning, att verksamheten skulle bedrivas i en separat juridisk person. Att verksamhet ska bedrivas i en separat juridisk person föreslås därför inte, som kollegiet förstår det, fristående från tillståndskravet.

rättens regler om fria rörlighet för tjänster. Utredningen bör då enligt ovan på motsvarande sätt som enligt uppgiftsskyldigheten göra en proportionalitetsbedömning. En sådan bedömning innehåller bl.a. att kunna visa att det eftersträvade målet, d.v.s. att möjliggöra kontroll av att människovärdes-, behovs- och solidaritetsprincipen inte åsidosätts, utgör ett godtagbart skyddsintresse enligt EU-rätten och vara det minst ingripande alternativet för att uppnå det eftersträvade målet.

## 2 Anmälningsskyldighet enligt EU-regler

Kollegiet bedömer att slutbetänkandets förslag inte aktualiserar någon anmälningsskyldighet enligt tjänstedirektivet (2006/123/EC) mot bakgrund av att de tjänster som omfattas av utredningens förslag inte faller under tjänstedirektivets tillämpningsområde.<sup>10</sup>

Enligt 20 § 6 p. i förordningen (1996:1515) med instruktion för Regeringskansliet ska Regeringskansliet anmäla förslag till författningar i enlighet med de procedurer som följer av Sveriges EU-medlemskap eller av andra internationella överenskommelser, bland annat enligt proceduren i anmälningsskyldighetsdirektivet för tekniska föreskrifter (EU) 2015/1535). Författningsförslagen i slutbetänkandet innehåller inte krav på varor och behöver därför inte anmälas till Europeiska kommissionen. I den mån framtida vägledningar och annat stöd från Upphandlingsmyndigheten kan komma att innehålla faktiskt bindande produktkrav, kan dock vägledningar vara anmälningsskyldiga.

Ärendet har avgjorts av generaldirektören Anna Stellingher i närvaro av enhetschefen Tanja Rasmussen, enhetschefen Agnès Courades Allebeck, chefsjuristen Anna Renman, ämnesrådet Ulrika Båth Bertram och utredarna Hiba Zeydi, Marita Ljunggren och Anna Egardt, föredragande.

Anna Stellingher

Anna Egardt

<sup>10</sup> För en utförligare analys tjänstedirektivets tillämplighet på de aktuella tjänsterna, se Kommerskollegiums yttrande, dnr 2016/01974-2.